

A efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º da Constituição Federal) e o princípio da razoabilidade das leis: a atuação do Ministério Público

Fernando César Bolque
Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: 1 – Justificativa 2 – O princípio constitucional do devido processo legal 3 – Antecedentes históricos 4 – Espécies. 4.1 *Procedural due process of law*. 4.2 *Substantive due process*. 5 – *Substantive due process* e o Ministério Público. 5.1 Um parêntese 5.2 Conceito de razoabilidade e formas de sua apuração. 5.3 Dos direitos fundamentais. 5.4 A atuação do Ministério Público frente a leis irrazoáveis. 6 – Conclusões

1. Justificativa

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, na expressão cunhada pelo Presidente da Constituinte, falecido Deputado Ulysses Guimarães, erigiu em norma fundamental, o chamado Princípio do Devido Processo Legal (*Due Process of Law*).

Referido princípio traz em sua essência a idéia da proteção do cidadão contra eventuais arbítrios do Estado, quer em seu aspecto processual, como também na idéia substantiva ou material, conhecida entre os americanos como o *substantive due process*.

A face substantiva do devido processo legal, que tem a ver com a idéia de razoabilidade ou racionalidade das leis, não obstante seja bastante difundida e antiga entre os americanos, ainda é nova e pouco utilizada entre nós.

A democracia não significa simplesmente a possibilidade de eleições, mas também deve estar intimamente ligada à idéia de que as leis devem respeitar o mínimo de racionalidade, sob pena de ferirem o próprio Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o presente artigo, que ora se apresenta, procurará analisar o princípio constitucional do devido processo legal sob seu aspecto substantivo, informando qual deve ser a atuação do Ministério Público neste prisma.

2. O princípio constitucional do devido processo legal

Diz a Constituição Federal:

“Art. 5º

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

Com este enunciado, a Constituição Federal erigiu em princípio constitucional, o chamado princípio do *due process of law*.

Manifestando-se sobre a principiologia, a Professora Ada Pellegrini Grinover afirma que a experiência jurídica pode ser estudada sob três aspectos: norma, valor e fato. Sob o ângulo da norma, constrói-se a epistemologia (ciência do direito positivo), a qual pertence a dogmática jurídica (estuda o direito como ordem normativa). Os valores éticos são estudados pela deontologia jurídica. O fato é estudado pela culturologia ⁽¹⁾

Assim, alguns dos princípios estão entre a epistemologia e a deontologia.

Existem os chamados princípios gerais do direito, que representam normas ideais para o sistema, que independem de valoração axiológica, não possuindo nenhum fundo ideológico. São chamados, portanto, de princípios informativos. São eles: o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); o princípio jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão); o princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); e o princípio econômico (processo acessível a todos, com vistas ao seu custo e à sua duração).

Por outro lado, existem os princípios constitucionais, que são aqueles que embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo ⁽²⁾. Estes, por sua vez, encontram amparo na vontade do legislador, que entendeu, naquelas circunstâncias de tempo e de lugar, erigirem-nos em princípios do direito, possuindo, portanto, ampla gama de valoração axiológica, bem como enorme fundo ideológico.

Neste patamar é que podemos inserir o princípio do devido processo legal, considerando-se como princípio constitucional, isto porque o legislador constituinte assim entendeu. Tanto é verdade que, nas Constituições anteriores, referido princípio não vinha expressamente amparado.

Entretanto, na atual sistemática constitucional brasileira, por força do que dispõe o seu artigo 1º, ao estabelecer que a República Federativa

(1) Cf “Teoria Geral do Processo”, Ed. RT, 7ª edição, 1990.

(2) *Idem*

do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, não há margem de discricionariedade, digamos assim, para a inexistência do devido processo legal, chegando o Professor Celso Ribeiro Bastos a afirmar que o princípio chega até mesmo a confundir-se com a idéia de Estado de Direito.⁽³⁾

Embora a idéia de devido processo legal encontre farta base de sustentação na jurisprudência americana (*constitutional adjudications*), a mesma não enfrentou a questão da sua conceituação

Veja o comentário do Juiz Felix Frankfurter da Suprema Corte Americana:

"*Due process* não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula ... '*due process*' é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. '*Due process*' não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo" Tal manifestação foi proferida no voto no caso *Anti-Facist Committee vs McGrafth*, 341 U.S. 123 (1951)."⁽⁴⁾

Entre nós, entretanto, os doutrinadores procuraram dar ênfase à existência do princípio, afirmando tratar-se, em síntese, de garantias constitucionais que assegurem às partes a possibilidade de estar em juízo sob o manto da lei, bem como garantia da existência de leis razoáveis e racionais.⁽⁵⁾ O Professor Nelson Nery Júnior afirma que o princípio está ligado à idéia de proteção processual ao trinômio vida-liberdade-propriedade.⁽⁶⁾

3. Antecedentes históricos

A respeito dos antecedentes históricos do instituto, podemos afirmar que existem duas vertentes: uma ligada à idéia do jusnaturalismo e outra relacionada especificamente ao direito positivo.

O Professor Adhemar Ferreira Maciel⁽⁷⁾ diz que historicamente o princípio está presente desde 5 séculos antes da Era Cristã. Cita o caso da

(3) Cf. "Curso de Direito Constitucional", Ed. Saraiva, 11ª edição, 1989

(4) Conforme CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE CASTRO in "O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil", Ed. Forense, 2ª edição, 1989, fls. 56

(5) Pode ser citado o conceito apresentado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, em sua obra "Teoria Geral do Processo", Ed. RT, 7ª edição, 1989

(6) Cf. "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal", Ed. RT, 4ª edição, 1997.

(7) Cf. "O devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988", "Revista do Processo (Repro)" nº 85, pág. 175 e segs.

Antígona de Sófocles, onde Édipo descobriu que seus quatro filhos eram filhos dele com sua própria mãe. Com sua morte, seus dois filhos e irmãos de Antígona passaram a disputar o poder político em Tebas. Um irmão acabou matando o outro e um tio deles. Creonte assumiu o governo. Seu primeiro decreto foi o de proibir que se desse sepultura a um dos irmãos mortos, Polinices, considerado traidor da pátria. A pena pelo descumprimento seria a morte do infrator. Antígona, então, após invocar as leis não escritas, retrucou que acima das leis do Estado, das leis escritas, existiam as leis não escritas, de cunho universal, que deviam prevalecer sobre as leis escritas, pois se calcavam na natureza do homem. Essa revolta de Antígona é apontada pelo autor como sendo o germe do direito natural, do qual o direito de resistência seria uma das variantes.

Posteriormente Aristóteles (384-322 a.C.), na "Arte Retórica", ao falar sobre justiça e equidade, invoca essa passagem de Antígona.

Cícero, séculos depois (106-43 a.C.), embuído do pensamento estoico, busca mostrar que o direito não era só fruto de convenções dos homens, mas estava sobretudo na natureza das coisas.

Diz, por fim, que a idéia do direito natural foi a base do pensamento de Coke e Locke, cujas obras repercutiram sobremaneira na Declaração da Independência americana e na Constituição da Filadélfia de 1787.

Dogmaticamente, o princípio teve seu nascedouro na Magna Carta de João-Sem-Terra, em 1215, onde afirmava:

"Art. 39. Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país".

Vê-se, portanto, que a origem é da Magna Carta, mas ela não se refere expressamente à expressão *due process of law*, mas sim a *law of the land*.

Somente no ano de 1354, na Inglaterra do Rei Eduardo III, no conhecido *Statute of Westminster of the Liberties of London*, cunhou-se a expressão:

"None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law."

Originariamente a Constituição americana também não faz referência ao princípio, somente sendo abarcado por meio das Emendas V e XIV.

Na América Latina, foram a Argentina e o México quem primeiro utilizaram o princípio. O Professor Humberto Theodoro Júnior⁽⁸⁾ afirma que Fix-Zamúdio registra que foram a Argentina e o México os dois únicos países latino-americanos que, em suas origens constitucionais, se despertaram para o tema do devido processo legal.

Constou primeiramente do art. 18 da Carta argentina de 1853, que o direito de defesa em juízo era fundamental da pessoa humana.

No México constou primeiramente no art. 14 da Constituição de 1857, ao afirmar que "nada pode ser julgado nem sentenciado a não ser pelas leis dadas com anterioridade ao fato e exatamente aplicadas a ele, pelo tribunal que previamente tenha estabelecido a lei".

Como dito linhas atrás, somente a atual Constituição do Brasil faz expressa referência ao princípio. Entretanto, nenhum doutrinador discorda a respeito da sua existência nas constituições anteriores, especialmente a de 1967, com a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, dizendo que ao abarcar os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade, estaria, tacitamente aceitando a existência do princípio do devido processo legal.

4. Espécies

4.1 *Procedural due process of law*

O devido processo legal que, como dito linhas atrás, tem em seu sentido genérico a intenção de proteger a vida, a liberdade e o patrimônio, nasceu com nítida preocupação processual.

João-Sem-Terra apresentou-o como uma garantia processual de que ninguém seria processado, preso ou desterrado, sem um processo prévio e próprio.

Mesmo nos Estados Unidos, a idéia era basicamente a de proteção processual, principalmente com a idéia da revogação de *bill of attainder*, ou seja, proibição de considerar o cidadão culpado sem prévio julgamento.

A idéia processual também vingou no Direito Administrativo, com a impossibilidade de poder de polícia sem prévio procedimento adequado, entre outras regras.

Em resumo, sob o aspecto material, a cláusula nada mais é, segundo Nery, do que possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se da forma mais ampla possível, ou seja, de *his day in Court*, na expressão cunhada pela Suprema Corte.

(8) "A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil", HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, RT 665/11

4.2 *Substantive due process*

Sua origem, segundo Nery, deveu-se justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, mas principalmente por pressão da *American Bar Association* (BAR, ou a OAB americana).

Segundo Adhemar Ferreira Maciel (Repro 85/175), o desenvolvimento desta modalidade da teoria não foi altruísta, mas em decorrência da pressão do economicamente mais forte. Foi retratado no caso conhecido como *Child Labor* (*Hammer vs. Dagenhart*, de 1918), onde a Suprema Corte teve por inconstitucional uma lei do Congresso que, para dificultar a exploração de mão-de-obra de menores de idade, proibiu o comércio interestadual dos produtos assim manufaturados, alegando que usurpava a competência legislativa estadual garantida na Emenda X.

Na jurisprudência brasileira cita o mesmo autor um caso em que o Min. Celso de Mello julgou inconstitucional lei do Estado do Amazonas que estendia aos aposentados direito de 1/3 de salário de férias do pessoal da ativa.

Entretanto, traduz-se tal princípio, segundo ainda o magistério de Nery, no princípio da razoabilidade das leis.

Talvez quem melhor analisou a questão foi Carlos Roberto de Siqueira Castro, em sua obra "O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil".

Afirma que a mudança de posicionamento, principalmente nos Estados Unidos, deveu-se ao sentimento de repulsa a onipotência e a arbitrariedade legislativa.

Este princípio tem a ver com a idéia de direito justo, ou seja, consentâneo com o conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática.

Tal tarefa, arremata, não é fácil, pois o sentimento brasileiro, principalmente, não se traduz na idéia de aparente ingerência do Poder Judiciário nas questões administrativas e legislativas, como se aquele poder não pudesse analisar questões que a princípio não estariam a ele afetas.

5. *Substantive due process* e o Ministério Público

5.1 Um parênteses

A essência deste trabalho é analisar o aspecto substantivo do devido processo legal, cotejando-o com a atuação preventiva ou repressiva do Ministério Público.

Entretanto, peço vênia para um parênteses.

Em outra passagem disse que o Professor Celso Ribeiro Bastos em sua conhecida obra "Curso de Direito Constitucional"⁽⁹⁾ chegou a afirmar que o princípio do devido processo legal confunde-se com a própria idéia de Estado Democrático de Direito.

Cabe aqui uma análise: já disse alhures que ninguém duvida que o princípio do devido processo legal estava presente na Constituição de 1967, mesmo com a Emenda de 1969. Ora, também não se pode dizer que naquela época vivíamos num Estado Democrático de Direito. Assim, como conciliar as duas afirmações?

Entendendo que o princípio do devido processo legal é inerente a um Estado Democrático de Direito. Mas, cabe uma ressalva.

Afirmamos que existem duas modalidades do devido processo legal: uma de caráter processual e outra de caráter substantivo.

Mesmo num estado pouco democrático como os dos idos de 1969, havia a segurança constitucional, mesmo que aparente, diga-se de passagem, do devido processo legal processual.

É que vigorava os princípios da ampla defesa, do contraditório (mesmo que parcial) e da igualdade.

Assim, efetivamente ninguém poderia ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

Desta forma, sob o prisma eminentemente processual, ninguém duvidava da existência do instituto.

Assim, alguém que fosse punido com fundamento no Ato Institucional nº 05, de 1968, conhecido como o AI-5 e mesmo que aparentemente, diga-se de passagem novamente, fosse assegurado-lhe direito ao contraditório e ampla defesa (!!!), estar-se-ia respeitando o chamado devido processo legal processual.

Mas, e o aspecto substantivo do princípio? O chamado princípio da razoabilidade ou racionalidade das normas?

Este, salvo melhor juízo, entendo que não se compatibiliza com outro Estado, a não ser o Democrático de Direito.

Como dizer que o AI-5, ao cassar direitos e garantias fundamentais como o direito à reunião, ao *habeas corpus*, mandado de segurança, garantias constitucionais da inamovibilidade e vitaliciedade dos juizes, era uma lei (em sentido genérico) razoável e racional?

(9) Cf. Editora Saraiva, 11ª edição, 1989.

Desta forma, a primeira conclusão lógica que chegamos é que o aspecto substantivo do devido processo legal, aquele relacionado à razoabilidade e racionalidade das normas, só vigora e se compatibiliza com verdadeiros Estados Democráticos de Direito.

5.2 Conceito de razoabilidade e formas de sua apuração

O Brasil atualmente vive uma crise de identidade: se é verdade que com o advento da Constituição Federal de 1988 voltamos efetivamente a uma democracia, também não deixa de ser verdade que esta democracia ainda necessita de reparos e amoldamentos.

Democracia não significa apenas direito a voto, a votar e ser votado. Democracia, ainda mais no atual sistema constitucional brasileiro, que ampara uma democracia semidireta e participativa, representa melhor aparelhamento das instituições.

Vivemos atualmente, inequivocamente, uma profunda crise econômica, social e política. Esta, talvez, a pior de todas as três. É porque por meio da atuação correta e concreta das instituições políticas (entenda-se partidos, Congresso e Executivo), todas as demais podem ser resolvidas.

Não possuímos verdadeira representatividade no Congresso, quer sob o ponto de vista demográfico, quer politicamente falando.

Os partidos pouco ou quase nada representam na vida dos cidadãos.

Nossos deputados, legítimos representantes do povo – na teoria, é claro – muitas vezes preocupam-se somente com questões pessoais. Não existe nenhuma fidelidade partidária e a ideologia do partido não reflete em seus representantes.

O Congresso está inerte, respondendo apenas a provocações do Executivo.

Este sim – o Executivo – legisla, administra e não raro, por meio de ingerências na Suprema Corte, julga.

Vejamos somente um exemplo: a Lei nº 7.347/85, conhecida como a Lei da Ação Civil Pública, procurou responder a uma intensa litigiosidade contida no meio social. Representou, sem dúvida, imenso avanço legislativo na proteção dos interesses difusos e coletivos, sendo complementada pela Lei nº 8.078/90, o chamado Código de Defesa e Proteção ao Consumidor.

Seu artigo 16 foi recentemente violentado por meio de uma Medida Provisória, que doutrinariamente deve buscar solucionar, constitucionalmente falando, questões de relevância e urgência.

Referida Medida Provisória transformou-se na famigerada Lei nº 9.494/97, que determina que a sentença que julgar procedente uma Ação Civil Pública só fará coisa julgada nos limites jurisdicionais do órgão prolator da mesma.

Ora, isto significa afirmar que uma sentença que determina que uma determinada fábrica poluidora em São Paulo, por exemplo, só não possa poluir nos limites jurisdicionais do órgão prolator da sentença. Assim, se a fumaça tóxica foi proibida pelo juiz de São Paulo, ela não pode causar câncer aos moradores daquela cidade, mas na vizinha Guarulhos, por exemplo, pode.

Infelizmente, nossa Suprema Corte, órgão máximo de atuação da Justiça, é conivente com este jogo de cartas marcadas pelo Executivo.

Neste patamar ingressa o cerne de nossa questão: o *substantive due process* e a atuação concreta do Ministério Público do Brasil.

O aspecto substantivo do princípio confunde-se com a idéia de razoabilidade e racionalidade das leis.

O mestre português J.J. Gomes Canotilho⁽¹⁰⁾ chegou a afirmar:

A teoria substantiva pretende justificar a idéia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.

Diz ainda o mestre que o processo devido começa por ser um processo justo desde o momento de sua criação normativa-legislativa.⁽¹¹⁾

Afirmar que uma lei fere a racionalidade ou razoabilidade é o mesmo que afirmar que ela é arbitrária.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁽¹²⁾ afirmou:

“(...) para avaliar a razoabilidade dos atos normativos é que se utilizou, como Instrumento de controle, o princípio do devido processo legal, dando-se-lhe um caráter nitidamente substantivo, que permite ao Judiciário apreciar o próprio mérito dos atos normativos. A idéia é a de que o princípio do devido processo legal exige que a lei e seus regulamentos estejam conformes, não com a letra pura e simples da Constituição, mas

(10) Cf. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Ed. Almedina, 3ª edição, 1999.

(11) *Idem*.

(12) Cf. “Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988”, Ed. Atlas, 1989, págs. 134-139.

sim com os princípios superiores que formam a base do ordenamento jurídico positivo, na proteção dos direitos individuais”.

Em recente manifestação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal,⁽¹³⁾ o Min. Celso de Mello, assim se manifestou:

“Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável gerando com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal”.

Não obstante tenhamos afirmado que a atual Constituição do Brasil é bastante democrática, com institutos avançados para a época em que vivemos, certo é que um dispositivo da Constituição do Império, que foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, é bastante salutar para o nosso atual sistema. Refiro-me ao que consta do artigo 179, inc. II, da Constituição de 1824:

“Art. 179

II – nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”.

É até curiosa esta determinação legal, mas na atual circunstância jurídica brasileira, onde o Executivo legisla por meio de Medidas Provisórias, até mesmo para disciplinar carreiras administrativas do Estado (art. 3º da Medida Provisória nº 1.798, de 2 de junho de 1999), referida regra cairia bem a calhar.

Talvez referido dispositivo da Constituição Imperial procurasse demonstrar certa preocupação do então Poder Moderador com a feitura

(13) Cf. “Supremo Tribunal Federal”, Relator Min. Celso de Mello, ADIN 1.158-8.

das leis. Não deixa de ter, de um certo modo, certa preocupação com a razoabilidade das leis.

Sem medo de errar podemos afirmar que o aspecto substantivo do devido processo legal é aquele que encontra melhor oportunidade de apreciação no atual momento jurídico brasileiro. O aspecto processual é de todos conhecido e difundido. Até mesmo em épocas de democracia ausente, o aspecto processual do princípio é encontrado.

Já o aspecto substantivo do princípio, aquele relacionado à razoabilidade das leis, encontra campo fértil para proliferar, principalmente na atual conjuntura político, econômica, social e jurídica do Brasil, onde a democracia necessita de reparos para sua efetiva consolidação.

Ingressamos aqui num ponto bastante difícil de ser encarado pelos políticos brasileiros, que é justamente a idéia constitucional de independência dos poderes. Independência não significa que os poderes sejam absolutamente autônomos, prontos a fazer o que bem entenderam. A idéia de possibilidade de apreciação de atos normativos pelo Poder Judiciário figura como até atentatória contra a democracia, para alguns, é óbvio. Daí porque o Professor Carlos Roberto Siqueira de Castro⁽¹⁴⁾ chegou a afirmar:

“É de reconhecer-se, contudo, que no Brasil vigora uma exagerada resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, isto é, daquela zona de discricionariedade em que o agente do Estado desfruta de autonomia para decidir no tocante à oportunidade e conveniência de sua própria atuação”.

Convém afirmar, entretanto, que não há que se falar em ingerência de um poder em outro, mas efetivo controle que é garantido pela própria Constituição através do sistema de freios e contrapesos.

O mesmo professor acima citado chega a afirmar, no tocante à alegada impossibilidade de correção dos atos do Poder Público pelo Judiciário que, de duas uma: ou teremos a supremacia legislativa sem a idéia de possibilidade de correção de eventuais abusos pelos entes ou temos a supremacia da Constituição, como ente idealizador de um Estado efetivamente democrático e que possibilite, quer por meio de um ente já constituído, o Judiciário no caso ou por um ente político, a revisão dos atos normativos.

Assim, segundo o autor, se não concordarmos com a idéia de possibilidade do Judiciário ingressar no mérito da razoabilidade das leis,

(14) Cf. “O devido processo .”, pág. 177.

temos que concordar com a idéia de um Estado com supremacia da ordem legislativa, qualquer que seja a norma efetivamente colocada à disposição da população, justa ou não.

Desta forma, nenhuma ingerência estará ocorrendo, mas tão somente a apuração de que a lei está ou não conforme os ditames da própria ordem constitucional e num plano mais profundo ainda, do próprio Estado Democrático de Direito.

O Judiciário deve estar atento a esta sua missão constitucional, principalmente na advertência do Professor Siqueira Castro de que os órgãos do Poder Judiciário devem estar conscientes de que as leis e os atos em geral do Poder Público não raro discrepam do estatuto supremo e lesionam direitos fundamentais apenas indireto e até mesmo disfarçado.⁽¹⁵⁾

5.3 Dos direitos fundamentais

O Professor José Afonso da Silva⁽¹⁶⁾ dá-nos a noção concreta do conceito de direitos fundamentais, informando que a expressão:

“... é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais”

A idéia de que os direitos fundamentais são aqueles encontrados somente no art. 5^º da Constituição, que disciplina os direitos e garantias individuais, também foi afastado pelo Professor José Afonso da Silva, ao afirmar:

“Em síntese, com base na Constituição, podemos classificar os direitos fundamentais em cinco grupos:

- I – direitos individuais (art. 5^º);
- II – direitos coletivos (art. 5^º);
- III – direitos sociais (arts. 6^º e 193 e segs.);

(15) *Idem*, pág. 185

(16) Cf. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Malheiros, 9^a edição, pág. 163

IV – direitos à nacionalidade (art. 12);

V – direitos políticos (arts. 14 a 17).⁽¹⁷⁾

Para se falar em efetividade dos direitos fundamentais, entendido agora somente no seu plano individual, ou seja, aqueles constantes do rol do art. 5º, da Constituição Federal temos que levar em consideração que as matérias ali constantes fazem parte do chamado rol de segurança da Constituição, ou em outras palavras, são cláusulas pétreas, que não podem ser objeto de deliberação de Emendas Constitucionais tendentes à sua abolição.

É o que determina o art. 60, § 4º, da Constituição Federal, ao afirmar que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

São matérias, informa o Prof. Michel Temer, intocáveis pelo legislador constituinte. Em outras palavras, continua, a rigidez constitucional, nestas matérias, ocupa grau máximo.⁽¹⁸⁾

Vimos que os direitos e garantias individuais, espécie do gênero direitos fundamentais, não pode ser atacado por via de Emenda Constitucional.

O princípio que aqui se discute, relativo ao devido processo legal, está encampado no art. 5º, da Constituição Federal, sendo portanto, considerado como cláusula pétrea constitucional, não podendo nem mesmo a Emenda Constitucional tentar subtraí-lo do Texto Maior.

5.4 A atuação do Ministério Público frente a leis irrazoáveis

Já deixamos consignado neste trabalho que toda lei que não for razoável, racional, fere o princípio constitucional do devido processo legal, considerado cláusula pétrea da Constituição, por estar inserido nos chamados direitos e garantias individuais, espécie dos direitos fundamentais do homem.

Qual deve ser a atuação do Ministério Público neste patamar?

Cabe aqui registrar o seguinte comentário patrocinado pelo já inúmeras vezes citado Professor Siqueira de Castro.⁽¹⁹⁾

“Em tal quadro institucional, que falseia e enfraquece até mesmo, e sobretudo, a concreção das normas constitucionais que corporificam as

(17) *Idem*, pág. 168.

(18) Cf. “Elementos de Direito Constitucional”, Ed. Malheiros, 14ª edição, pág. 145.

(19) Cf. *idem*, pág. 209.

efetivas conquistas da classe trabalhadora e os princípios programáticos generosos para com as liberdades públicas e os direitos sociais, impõe-se, em contrapeso, a atuação afirmativa das instituições dotadas de autonomia e independência no sistema constitucional, conforme é o caso, destacadamente, dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, sem esquecer as sadias iniciativas e pressões da própria sociedade civil”.

Assim, afigura-nos bastante importante a participação do Ministério Público nesta grave missão constitucional, que é a de controlar a razoabilidade das normas frente ao sistema de direitos e garantias individuais da atual Constituição.

Dentre os instrumentos adequados a este desiderato possui o Ministério Público duas vias: a primeira delas atuando de forma singular, no caso concreto, agindo através da Ação Civil Pública. A outra forma é atuando de maneira mais direta, procurando efetuar um controle concentrado da própria constitucionalidade da norma, isto através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Sabemos que a Ação Civil Pública é o instrumento processual posto à disposição dos entes legitimados para a tutela dos chamados interesses difusos e coletivos.

O Professor Mancuso⁽²⁰⁾ já definia os interesses difusos dizendo que eram caracterizados como aqueles que, não tendo vínculos de agregação suficientes para sua institucionalização perante outras entidades ou órgãos representativos, estariam em estado fluído e dispersos pela sociedade civil como um todo. Afirmava ainda que os interesses difusos caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.⁽²¹⁾ Já os interesses coletivos são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.⁽²²⁾

Desta forma, por intermédio da Ação Civil Pública pode o Ministério Público efetuar efetivo controle da razoabilidade das normas, isto de forma indireta, é claro. Como exemplo podemos citar o caso do art. 16 da Lei nº 7.347/85, que foi alterada pela Lei nº 9.494/97. Referido dispositivo informa que a sentença que julgar procedente uma A.C.P. só fará coisa julgada nos limites territoriais do órgão prolator da mesma.

(20) RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. “Ação Civil Pública: instrumentos de participação na tutela do bem comum”, in “Participação e Processo”, 1987, pág. 169.

(21) Cf. obra citada, págs. 114-115.

(22) Art. 81, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 8.078/90.

Ora, efetivamente esta lei é eivada de vícios de razoabilidade. Como já dito acima, se for julgada procedente uma ação para determinar que certa empresa não polua, ela só estará obrigada a não poluir, nos limites territoriais do órgão prolator da sentença.

É de tamanha iniquidade esta norma, chegando a ser até mesmo arbitrária. Assim, por ferir o princípio da razoabilidade ou racionalidade das leis, pode ser atacada, indiretamente, pela Ação Civil Pública a ser proposta pelo Ministério Público.

Ferindo a Constituição Federal, poderá ser pleiteado, no caso concreto, que o dispositivo constante do art. 16 já mencionado, seja declarado inconstitucional. É o chamado controle difuso de constitucionalidade, ou também controle de constitucionalidade por via de exceção.

Outra maneira do Ministério Público denunciar a irrazoabilidade das normas é através do controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O art. 103 da Constituição Federal estampa no seu inc. VI, a legitimidade do Procurador-Geral da República para propor a ADIN.

Assim, toda vez que uma lei ferir o princípio da razoabilidade das normas, aspecto substantivo do devido processo legal, pode e deve o Ministério Público, por meio de seu Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, propor o remédio constitucional para tirar de vigência o ato indevido.

Cabe aqui, para finalizar este breve ensaio, a advertência feita pelo grande Seabra Fagundes:⁽²³⁾

“A grandeza das instituições, como a dos líderes, não dispensa o arrojo, o idealismo, e a consciência da própria destinação. O Brasil é muito grande para ter uma Corte Suprema presa às contingências menores da rotina, e o comportamento em que o temor se disfarça em imprudência. É preciso entender que a Nação que é grandiosa, não pede uma Corte Suprema vulgar, senão capaz de projetar-se, para o seu bem, à altura de sua grandeza”.

Esta advertência, embora dirigida ao Supremo Tribunal Federal, cabe também aos órgãos diretivos do Ministério Público de todo o Brasil, em especial à Procuradoria-Geral da República, que tem, infelizmente, forma de provimento do cargo máximo, todo ligado a ingerências políticas-

(23) Cf. Simpósio sobre a Experiência Constitucional Norte-Americana, promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e pela *American Bar Association*, Ed. USIS, 1986, pág. 38.

partidárias. Não se pode criar uma instituição firme, sólida, sem arrojo e desprendimento, principalmente político. É o que está, certamente, reservado para o Ministério Público no Terceiro Milênio: grandes tarefas para a consolidação da democracia no Brasil.

6. Conclusões

O princípio do devido processo legal, estampado no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, é considerado como direito fundamental do homem e é, portanto, considerado cláusula pétrea da Magna Carta.

Duas são as modalidades do princípio: a) o aspecto processual, comumente usado e conhecido entre nós; e b) o aspecto substantivo, ligado à idéia de razoabilidade e racionalidade das normas.

O aspecto substantivo só se compatibiliza com verdadeiros Estados Democráticos de Direito, não sendo possível em estados ditatoriais e à margem do sistema democrático.

Atualmente vivemos um momento bastante fértil, sob o ponto de vista legal, para que o princípio da razoabilidade das normas possa ser difundido. Decorre tal conclusão da absoluta ingerência do Poder Executivo na vida legislativa do país, isso por meio das famigeradas Medidas Provisórias.

A análise da razoabilidade das normas pelo Poder Judiciário não significa intromissão nos assuntos legislativos, mas sim verdadeira supremacia da própria Constituição.

O Ministério Público não pode ficar à margem deste controle, figurando como ator principal na análise da racionalidade das normas, quer através da Ação Civil Pública, como também pela própria Ação Direta de Inconstitucionalidade das leis.